Sygn. akt: KIO 1580/23

WYROK
z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Kot

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Holo4Med S.A. z siedzibą w Białymstokuw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowiezgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutu z pkt II lit. c iii petitum odwołania odnośnie uzasadnienia na osobnej karcie.
2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu udostępnienie następujących dokumentów załączonych do Formularza ofertowego Comarch S.A. z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa:
   a) Załącznika nr 9 do SWZ – część tajna (w zakresie danych podmiotu udostępniającego zasoby),
   b) Dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby – część tajna,
   c) Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. dotyczącego rozwiązania umów,
   d) Innych załączników do JEDZ Comarch S.A. w zakresie umów z Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1580/23

Uzasadnienie

Centrum e-Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" oraz „Centrum e-Zdrowia")prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług utrzymania i rozwoju Systemu DOM" (Nr referencyjny: WRZ.270.82.2023, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 kwietnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 068-202675.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

2 czerwca 2023 r. wykonawca Holo4Med S.A.z siedzibą w Białymstoku (dalej: „Odwołujący" oraz „Holo4Med S.A.") wniósł odwołanie od:

1) zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „Comarch S.A.") następujących dokumentów – według pkt 17 Formularza ofertowego:
   - Załącznik nr 9 – część tajna, w zakresie danych podmiotu udostępniającego;
   - Dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego – część tajna;
2) zaniechania odtajnienia i udostępnienia w całości złożonych przez Comarch S.A. załączników do JEDZ Comarch S.A.:
   - Załącznik 1 do JEDZ, dotyczący rozwiązania 6 umów;
   - Inne załączniki do JEDZ w zakresie ww. 6 umów;
   - Uzasadnienie na osobnej karcie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") oraz w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Comarch S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa następujących dokumentów:

a) Załącznik nr 9 – część tajna, w zakresie danych podmiotu udostępniającego;
b) Dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego – część tajna;
c) Załączników do JEDZ Comarch S.A.:
   i. Załącznik 1 do JEDZ, dotyczący rozwiązania 6 umów;
   ii. Inne załączniki do JEDZ w zakresie ww. 6 umów;
   iii. Uzasadnienie na osobnej karcie;

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie w całości złożonych przez Comarch S.A. dokumentów wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Holo4Med S.A. wskazał, że kwestia skuteczności zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów była w ostatnim czasie przedmiotem rozstrzygania przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sąd Okręgowy w Warszawie działający jako Sąd Zamówień Publicznych – w szczególności wyrok KIO

500/21 (dotyczący oferty Comarch S.A.), a następnie wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie (także dotyczące ofert Comarch S.A.). Odwołujący przytoczył szeroką argumentację Sądu Okręgowego w Warszawie zaprezentowaną w wyrokach: z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21, przyjmując ją jednocześnie jako swoją.

Zdaniem Odwołującego stan faktyczny niniejszego Postępowania, w którym zmuszony jest wnieść odwołanie, wskazuje na rażące naruszenie prawa przez Zamawiającego oraz na bierność w zakresie naruszenia przez Comarch S.A. podstawowej zasady postępowania tj. zasady jawności. Holo4Med S.A. podkreślił, że truizmem jest stwierdzenie, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady. Tymczasem Comarch S.A. objął całe dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Centrum e-Zdrowia przy ocenie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zastosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Odwołujący zaznaczył, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym zakresie i przywołał następujące wyroku: z dnia 11 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 503/22, z dnia 4 stycznia 2021 r. o sygn. akt KIO 3582/21, z dnia 1 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 539/20, z dnia 21 listopada 2019 r. o sygn. akt KIO 2263/19, z dnia 26 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 260/19, z dnia 7 listopada 2018 r. o sygn. akt KIO 2222/18 oraz z dnia 21 maja 2018 r. o sygn. akt KIO 875/18. Odwołujący podniósł, że tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z obowiązkiem przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Holo4Med S.A. podkreślił, że nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów – to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego Comarch S.A. nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Holo4Med S.A. wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów – jak ma to miejsce w niniejszym Postępowaniu. Jeśli nawet niektóre części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce – to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów. Odwołujący podniósł, że wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Comarch S.A. zastrzegając informacje zawarte w załącznikach jako tajemnica przedsiębiorstwa miał obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej. Pogląd ten Holo4Med S.A. oparł zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku – tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia – jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, ze stanowisko takie wynika z rozumienia pojęcia „wykazać" użytego przez ustawodawcę zgodnie ze słownikami:

a) Słownik języka polskiego pod. redakcją W. Doroszewskiego: udowodnić co, przedstawić co w sposób przekonywujący, unaocznić, pokazać co

b) Słownik języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl): uzewnętrznić coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący.

Holo4Med S.A. podkreślił, że wykładnia językowa w pełni potwierdza słuszność stanowiska Odwołującego, iż „wykazać" to co najmniej przedstawić coś w sposób przekonujący. Odwołujący zaznaczył, że takie też stanowisko zostało przedstawione przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 500/21, a także w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyżej wymienionym wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że „Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c.". Odwołujący wskazał, że Comarch S.A. miał obowiązek wykazania spełnienia się 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tj.:

1) posiadania cech informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub inne informacje, która posiada wartość gospodarczą,

2) wykazania, że informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3) wykazania podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Tymczasem – w ocenie Holo4Med S.A. – Comarch S.A. nie sprostał powyższemu.

Kolejno Odwołujący podniósł, że Comarch S.A. dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podał wartości gospodarczej. Holo4Med S.A. zaznaczył, że konieczność wykazania wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana przez Krajową Izbę Odwoławczą i wskazał na ugruntowaną w tym zakresie linię orzeczniczą, powołując m.in. następujące wyroki: z dnia 25 września 2020 r. o sygn. akt KIO 2123/20, z dnia 5 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 365/20, z dnia 2 października 2019 r. o sygn. akt KIO 1791/19, KIO 1807/19 oraz z dnia 1 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 500/21). W ocenie Odwołującego Comarch S.A. nie podał wartości gospodarczej dla żadnej z informacji objętych odwołaniem ograniczając się w tym zakresie do ogólnikowych stwierdzeń, a tym samym zastrzeżenie jawności informacji jest nieskuteczne w każdym przypadku. Ponadto Holo4Med S.A. wskazał, że uzasadnienie przedstawione przez Comarch S.A. jest ogólnikowe, sztampowe i równie dobrze mogłoby zostać złożone w każdym innym postępowaniu. Odwołujący podkreślił również, że przeważająca część uzasadnienia to obszernie cytowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów administracyjnych z lat 2010 – 2015, jednak linia orzecznicza w tym zakresie uległa radykalnej zmianie w ostatnim czasie. Holo4Med S.A. podniósł, że w szczególności Comarch S.A. pomija wyroki zapadłe w sprawach z jego udziałem – w sprawach, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sąd Okręgowy w Warszawie uznał zastrzeżenie ofert dokonane przez Comarch S.A. za nieskuteczne i nakazały odtajnić jego ofertę.

W dalszej części uzasadnienia, odnosząc się do Załącznika nr 9 w zakresie podmiotu udostępniającego oraz dokumentów dotyczących tego podmiotu, Odwołujący wskazał, że jego zdaniem – Comarch S.A. ukrywając przed konkurencją nazwy podmiotu użyczającego zasoby nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności Comarch S.A. w ogóle nie wskazał wartości gospodarczej, a ograniczył się wyłącznie do ogólnikowych stwierdzeń, iż zastrzeżone informacje zawierają konkretną wartość ekonomiczno-

gospodarczą w zakresie układu handlowego wykonawcy na rynku w postaci współpracy z konkretnym podmiotem. Holo4Med S.A. uważa, że podmiotem użyczającym zasoby jest spółka z Grupy Kapitałowej Comarch. Taka bowiem sytuacja jest permanentna w ofertach Comarch S.A. Z kolei – jak podkreślił Odwołujący – truizmem jest stwierdzenie, że współpraca pomiędzy spółkami z jednej Grupy Kapitałowej jest faktem oczywistym, powszechnie znanym, wręcz notoryjnym. A tym samym pozyskanie przez Odwołującego (czy inne podmioty z rynku) informacji, że Comarch S.A. korzystać będzie z podwykonawstwa innej spółki z tej samej Grupy Kapitałowej w żadnym przypadku nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej Comarch S.A. Co więcej – wszystkie umowy zawierane w ramach jednej grupy kapitałowej z mocy prawa są ujmowane w skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych, a zatem i tak taka współpraca będzie jawna. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że jeśli nawet podmiotem użyczającym jest podmiot spoza Grupy Kapitałowej Comarch, to Comarch S.A. nie podał żadnych konkretnych przyczyn, dla których fakt współpracy miałby być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Ujawnieniu nie podlegają przecież warunki współpracy, stawki wynagrodzenia, itp., ale sam fakt współpracy. Taki podmiot byłby na etapie realizacji umowy podwykonawcą Comarch S.A., a zatem byłaby to informacja jawna. Podkreślić też należy, że Comarch S.A. nie posiada w ogóle własnego doświadczenia i w całości w zakresie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia polega na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby. *De facto* zatem – to ten podmiot musiałby realizować projekt, a nie Comarch S.A. – gdyż Comarch S.A. nie posiada kompetencji. W ocenie Holo4Med S.A. utajnienie więc nazwy takiego podmiotu w praktyce oznacza obejście przepisów ustawy Pzp i ukrywanie nazwy rzeczywistego wykonawcy umowy zawartej w trybie zamówień publicznych. Nadto Odwołujący podniósł, że niezrozumiałe jest, dlaczego zastrzeżono całe dokumenty podczas gdy tajemnicą – jak można przypuszczać – jest tylko sama nazwa danego podmiotu. Odwołujący podkreślił, że Comarch S.A. zastrzegł w całości zobowiązanie podmiotu użyczającego zasoby. Tymczasem dokument ten zawiera szereg różnych treści, które w ogóle nie mogą zostać zastrzeżone – forma i zakres współpracy, itp. Zdaniem Odwołującego celem działania Comarch S.A. jest wyłącznie uniemożliwienie dokonania przez wykonawców konkurencyjnych weryfikacji treści oferty Comarch S.A.

W zakresie Załącznika nr 1 do JEDZ dotyczącego rozwiązania 6 umów oraz innych załączników do JEDZ w zakresie tych umów Holo4Med S.A. podniósł, że Comarch S.A. w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Ponadto Odwołujący podkreślił, że wszystkie umowy wskazane w Załączniku nr 1 do JEDZ to umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem są to umowy jawne, do których dostęp jest powszechny. Co więcej, jawne są także wszystkie informacje dotyczące ich realizacji, a więc także informacje o rozwiązaniu umowy, naliczeniu kar umownych, prowadzonych sporach. Tym samym – w ocenie Holo4Med S.A. – całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym są twierdzenia Comarch S.A., że informacje te nie są publicznie dostępne. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżone mogłyby ewentualnie zostać jakieś poszczególne pisma procesowe czy ich fragmenty, natomiast nie podlega skutecznemu zastrzeżeniu sama informacja o rozwiązaniu umowy, wszystkie pisma zamawiających w tym zakresie, stanowiska zamawiających co do prawidłowości realizacji umowy, itp. Zdaniem Odwołującego nawet zawarte ugody czy porozumienia – jeśli były zawarte – stanowią informację publiczną. Holo4Med S.A. zauważył również, że Comarch S.A. jest niekonsekwentny co do zakresu utajnienia informacji o rozwiązaniu umowy. Odwołujący podkreślił, że w przypadku tych 6 umów Comarch S.A. utajnił wszystko, a jednocześnie jako jawne złożył bardzo szczegółowe dokumenty dotyczące rozwiązania umowy z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych na Modyfikację i rozbudowę systemu KSI ZUS, polegająca na dostosowaniu systemu do obsługi doręczeń elektronicznych zgodnie z zapisami ustawy o doręczeniach elektronicznych.

Odnosząc się natomiast do uzasadnienia na osobnej karcie Odwołujący podniósł, że Comarch S.A. w ogóle nie przedstawił uzasadnienia dla zastrzeżenia tego „uzasadnienia na osobnej karcie". Holo4Med S.A. wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się już co do braku możliwości skutecznego zastrzeżenia samego uzasadnienia m.in. w wyrokach: z dnia 11 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 503/22 oraz z dnia 28 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, KIO 3514/21.

13 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający poinformował, że uwzględnia odwołanie w całości, podzielając tym samym argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Pismem z dnia 13 czerwca 2023 r. wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowiezgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, co do wszystkich uwzględnionych zarzutów. Comarch S.A. podkreślił, że wnosi niniejszy sprzeciw uznając, że odwołanie wniesione przez Holo4Med S.A. jest bezpodstawne, i w związku z tym wnioskuje o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pkt 17 Formularza ofertowego Comarch S.A. wymienił załączniki, które składa wraz z ofertą, w tym: Załącznik nr 9 do SWZ – część jawna i tajna oraz dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby – część tajna.

W załączniku nr 9 do SWZ Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część pn. „Informacja dotycząca polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie odpowiadającym ponad 10% wartości zamówienia".

Wśród dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego – cześć tajna znajdują się: Załącznik nr 7 do SWZ – Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy, JEDZ podmiotu

udostępniającego zasoby oraz pełnomocnictwo podmiotu udostępniającego zasoby.

W części III lit. C JEDZ Comarch S.A. wykonawca wskazał, co następuje:

„Czy wykonawca jest winien poważnego
wykroczenia zawodowego ?
Tak
Proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:
Wykonawca oświadcza, że w dniu 10 czerwca 2022 roku Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych odstąpił od zawartej z Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. umowy wykonawczej nr 1082060 (zawartej w ramach umowy ramowej). Powodem odstąpienia było poważne wykroczenie zawodowe wykonawcy.
czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?
Tak
proszę opisać przedsięwzięte środki:
Stan faktyczny sprawy realizuje przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5) Ustawie Pzp. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia - w ramach procedury selfcleanig – opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania jest JAWNA
Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?
Tak
proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:
Informacje znajdują się z zał. 1 do JEDZ Comarch S.A.
czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?
Tak
proszę opisać przedsięwzięte środki:
- „Nie” – dla umów wskazanych w poz. 1, 3-5 dokumentu pn. Zał. 1 do JEDZ Comarch S.A. - „Tak” – dla umowy z poz. 2 i 6 dokumentu pn. Zał. 1 do JEDZ Comarch S.A. Na osobnych kartach wykonawca przedstawia stan prawny i faktyczny w zakresie okoliczności rozwiązania wszystkich umów wskazanych w tabeli stanowiącej załącznik nr 1 do JEDZ Comarch S.A. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy - z uzasadnieniem na osobnej karcie. Tajemnicą nie są objęte wyłącznie dokumenty wyraźnie oznaczone jako jawne w spisie dokumentów.
Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;
b) nie zataił tych informacji;
c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający;
oraz
d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?
Nie
Wykonawca oświadcza, że Konsorcjum Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. zostało prawomocnie wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (KSI ZUS)”, (numer referencyjny TZ/271/65/19) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Odpowiednikami tych przepisów są obecnie przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) nPzp. Wykluczenie stało się prawomocne wskutek wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sąd Zamówień Publicznych, który w dniu 9 czerwca 2022 roku oddalił skargę Konsorcjum Comarch (sprawa sygn. XXIII Zs 43/22) na wyrok Krajowej izby Odwoławczej sygn. KIO 416/22 - podtrzymujący dokonane przez Zamawiającego (ZUS) wykluczenie. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia - w ramach procedury selfcleanig - opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi.
Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ jest JAWNA
Wykonawca zaznacza jednocześnie, że w ramach NINIEJSZEGO postępowania:
- jest w stanie niezwłocznie przedstawić Zamawiającemu wymagane dokumenty (podmiotowe środki dowodowe)
- nie przedstawił Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd”.

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załącznik nr 1 do JEDZ Comarch S.A. dotyczący rozwiązania 6 umów. Izba ustaliła, że opis umowy z poz. 6 rzeczonego załącznika odpowiada umowie, co do której Comarch S.A. w ramach procedury self-cleaning w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp opisał stan faktyczny wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Dokumentacja – przedłożona wraz z JEDZ Comarch S.A. we wskazanym powyżej zakresie – zawarta w folderze CASE art. 109 pkt 5)_JAWNE została udostępniona Odwołującemu w dniu 31 maja 2023 r. Centrum e-Zdrowia w piśmie z dnia 18 maja 2023 r. pn. „Informacja o odtajnieniu załącznika nr 1 do Formularza ofertowego, uzasadnienia „TAJNE_Uzasadnienie tajemnicy”, umowy z Zamkiem Królewskim” wskazał bowiem, że „Zamawiający informuje również, iż dokonał weryfikacji w zakresie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów zawartych w folderze CASE art. 109 pkt 5)_JAWNE. Wykonawca w formularzu JEDZ zawarł informacje, iż stan faktyczny sprawy realizuje przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5) Ustawie Pzp. Wykonawca na osobnej karcie przedstawia - w ramach procedury selfcleanig – opis stanu faktycznego wraz z podjętymi środkami zaradczymi. Całość dokumentacji przedłożona wraz z JEDZ w zakresie w/w pytania jest JAWNA oraz oznaczył folder jako jawny. W związku z powyższym informacje te będą podlegały udostępnieniu”. Comarch S.A. nie wniósł odwołania w wyżej opisanym zakresie. Jednocześnie Przystępujący złożył dokumenty dotyczące umowy z poz. 6 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. dotyczącego rozwiązania 6 umów (stanowisko w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp przedstawiające szczegółowy opis stanu faktycznego wraz z dowodami oraz podjęte środki zaradcze) również w folderze CASA art. 109 pkt 7). Comarch S.A. oświadczył, że całość niniejszego stanowiska jest tajna, jako że zawiera informację objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odnośnie umów z poz. 1-5 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. z ustaleń Izby wynika, że informacje w zakresie dat zawarcia, przedmiotu oraz stron tych umów Odwołujący pozyskał z

części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostało mu udostępnione po wniesieniu rozpoznawanego odwołania, z uwagi na wycofanie odwołania przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1484/23.
Pozostałe dokumenty zawarte w folderze CASA art. 109 pkt 7) dotyczą umów z poz. 1-5 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. i obejmują szczegółowe opisy osobne dla każdego z przypadków odstąpień od umów oraz działania podejmowane w ramach procedury self-cleaning wraz z załącznikami. Jednocześnie w treści każdego z tych stanowisk Comarch S.A. oświadczył, że całość stanowiska wraz z załącznikami objęta jest jego tajemnicą przedsiębiorstwa, za wyjątkiem dokumentów oznaczonych wyraźnie jako jawne.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt II lit. c iii petitum odwołania odnośnie uzasadnienia na osobnej karcie.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w sytuacji stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

W niniejszej sprawie Izba wzięła pod uwagę zgłoszony przez Odwołującego na rozprawie wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie wskazanym powyżej jako bezprzedmiotowe w związku z tym, że Zamawiający udostępnił Holo4Med S.A. uzasadnienie po wniesieniu rozpoznawanego odwołania, z uwagi na wycofanie odwołania przez Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1484/23. Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba uznała, że – na dzień orzekania – zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego przez Comarch S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienia na osobnej karcie jest bezprzedmiotowy, w konsekwencji czego zasadnym jest stwierdzenie, że dalsze postępowanie odwoławcze w tym zakresie jest zbędne.

Izba uznała natomiast, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w pozostałym zakresie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:
„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”.
W myśl art. 11 ust. 2 ustawy Pzp „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21, z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21, z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, dalej: „k.p.c.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Kolejno należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę

zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W szczególności należy podkreślić, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Istotnym jest również, że – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Co więcej należy wskazać, że w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest o informacji, a nie o dokumencie, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17 oraz z dnia 26 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2063/18).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przechodząc do szczegółowego odniesienia się do poszczególnych kategorii dokumentów, których zasadność zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa kwestionowana jest rozpoznawanym odwołaniem w pierwszej kolejności należy wskazać, że niezwykle istotna okoliczność dla rozstrzygnięcia poczynionego przez Izbę wynika z tego, że wykazanie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem, a zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy Comarch S.A. powinien wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. najpóźniej w momencie złożenia oferty. Tym samym uzupełnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o nową argumentację przedstawioną w piśmie procesowym Przystępującego z dnia 13 czerwca 2023 r. oraz podczas rozprawy, a także w oparciu o dowody załączone do rzeczonego stanowiska procesowego w postaci dwóch pism podmiotu udostępniającego zasoby (z dnia 5 maja 2023 r. oraz z dnia 9 czerwca 2023 r.) należało uznać za spóźnione i z tych względów nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze powyższe skład orzekający dokonując oceny tego, czy w niniejszym Postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez Centrum e-Zdrowia dokumentów zastrzeżonych przez Comarch S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, analizował treść złożonych wraz z ofertą uzasadnień: „Cześć jawna uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa" oraz „Część jawna uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa" (odtajniona w niniejszym Postępowaniu), na podstawie których Zamawiający badał zasadność i skuteczność zastrzeżenia określonych dokumentów.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe, lakoniczne i sztampowe, zarówno w części jawnej jak i w części tajnej, którą Holo4Med S.A. otrzymał po wycofaniu przez Comarch S.A. odwołania w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1484/23.

Odnosząc się do pierwszej kategorii zastrzeżonych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego Przystępujący w części jawnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał: „Ujawnienie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego byłoby jednoznaczne z ujawnieniem faktu korzystania z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, ponieważ logicznym i oczywistym jest, że jeśli wykonawca załącza do wniosku czy oferty odpis z KRS, zaświadczenie z KRK, czy jakikolwiek dokument innego niż wykonawca podmiotu – to czyni to tylko dlatego, że powołuje się na zasoby tego właśnie podmiotu. Na podstawie takich dokumentów można w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, jaki podmiot udostępnił wykonawcy zasoby i jakie zasoby zostały udostępnione Wykonawcy (…); (…) Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje zawierają konkretną wartość ekonomiczno-gospodarczą w zakresie układu handlowego Wykonawcy na rynku w postaci współpracy z konkretnym podmiotem, którego dane nie są powszechnie znane na rynku jako działającego w obszarze objętym współpracą, a w konsekwencji ich pozyskanie przez konkurencyjnych

wykonawców w zwykłej drodze nie jest możliwe (…)". W pozostałej części uzasadnienia jawnego znajdowały się cytaty z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, niestanowiące elementu wykazania. Z kolei w części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajnionej w niniejszym Postępowaniu) czytamy: „(…) wykonawca zobowiązany został przez podmiot udostępniający zasoby do nieujawniania informacji dotyczących faktu współpracy w ramach powołanego zamówienia z wykonawcą. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, nałożone na Wykonawcę, dotyczy też wszelkich informacji i dokumentów udostępnionych przez ten podmiot. Obydwa w/w zakresy (zarówno fakt współpracy, jak i szczegółowe informacje związane z udostępnionym zasobem) muszą być zatem chronione przez Wykonawcę pod rygorem odpowiedzialności za niewywiązanie się z nałożonego na niego obowiązku. Udostępnienie Wykonawcy w/w zasobów warunkowane było utrzymaniem wskazanych informacji w tajemnicy, tym samym informacje te mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. W powołanym przypadku tajemnicą przedsiębiorstwa jest nie sam fakt wykonania przez podmiot udostępniający określonego zamówienia (ponieważ ta informacja faktycznie sama w sobie nie stanowi tajemnicy), lecz fakt korzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia konkretnego podmiotu – czyli podjęcia z nim współpracy przy wykonaniu tego konkretnego zamówienia. Dokumenty dotyczące podmiotów trzecich cechują się handlowym charakterem, posiadającym bez wątpienia znaczną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Wskazać bowiem należy, że specjalistyczny charakter przedmiotowego zamówienia powoduje, że niezbędnym jest dokonanie starannego doboru zasobów potrzebnych do jego realizacji i podmiotów udostępniających te zasoby. W związku z powyższym, koniecznym jest ochrona informacji wskazujących na podmioty trzecie, które będą udostępniać zasoby niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Wskazać należy, że Wykonawca starannie selekcjonuje podmioty, z zasobów których korzysta, a podmioty te są wysokiej klasy specjalistami w swojej dziedzinie. Informacja o tych podmiotach ma także charakter technologiczny, stanowi bowiem merytoryczną informację w przedmiocie zakresu i wiedzy podmiotów, która jest niezbędna do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zakres zaangażowanych podmiotów wynika z wieloletniego profesjonalnego doświadczenia i przyjętych założeń biznesowych, które ściśle są chronione. Ujawnienie tych informacji pozwoli konkurentom poznać organizację wewnętrzną i przyjęte koncepcje biznesowe, podmioty z którymi współpracuje, a także sposób działania, w tym zakres działania w oparciu o środki własne i zakres działania w oparciu o rozwiązania outsourcingowe. Ujawnienie tych informacji może przynieść szkodę, zaś innym podmiotom uzyskanie przewagi konkurencyjnej".

Analiza przedstawionych fragmentów wskazuje, że mają one charakter zwykłej sztampowej deklaracji, zapewnienia, którą można byłoby odnieść do informacji i dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością nie można w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przede wszystkim Comarch S.A. w żaden sposób nie uzasadnił w jaki sposób informacje w zakresie podmiotu, o którym mowa w art. 118 ustawy Pzp miałyby być wynikiem wieloletnich doświadczeń i przyjętych założeń biznesowych. Twierdzenia w tym zakresie należy uznać za gołosłowne, gdyż można byłoby je odnieść do każdego podmiotu, który funkcjonuje na rynku zamówień publicznych, a który chce konkurować z innymi podmiotami. W tym miejscu należy również podkreślić, że podczas rozprawy Przystępujący wskazał, że podmiot trzeci, o którym mowa w art. 118 ustawy Pzp jest firmą, z którą Comarch S.A. nawiązał współpracę na potrzeby niniejszego Postępowania i nie jest ona jego stałym partnerem biznesowym. Z kolei Odwołujący słusznie podniósł, że powyższe stanowisko jest sprzeczne z twierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności zasadnym jest zatem przyjęcie, że już z samego faktu sprzeczności argumentacji przedstawionej przez Comarch S.A. należało uznać część tajną Załącznika nr 9 do SWZ oraz dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto odnosząc się w dalszym ciągu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji Izba zauważa, że Odwołujący, oprócz ogólnego wywodu na temat możliwości poniesienia szkody w związku z ujawnieniem tych informacji, nie sprecyzował w czym owa szkoda miałaby się przejawiać. Co więcej – jak wynika z treści części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajniona w niniejszym Postępowaniu) – Przystępujący wiąże posiadanie istotnej wartości gospodarczej przez zastrzeżone informacje z okolicznością zobowiązania Comarch S.A. przez podmiot udostępniający zasoby do nieujawniania faktu współpracy w ramach niniejszego zamówienia oraz wszelkich informacji i dokumentów udostępnionych przez ten podmiot. W piśmie procesowym z dnia 13 czerwca 2023 r. Przystępujący dodatkowo wyjaśnił, że został zobowiązany do zachowania w tajemnicy udostępnionych informacji, co wynika również z klauzuli jaką został opatrzony dokument pełnomocnictwa. W ocenie Izby analiza złożonych uzasadnień w powiązaniu z przedmiotową klauzulą poufności prowadzi do wniosku, że nie tylko Comarch S.A. nie wykazał, że zastrzeżone informacje i dokumenty w zakresie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 118 ustawy Pzp, spełniają łącznie przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ale nie uczynił tego również podmiot udostępniający zasoby, który stwierdził, że wskazane w pełnomocnictwie zakresy informacji stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wyżej wymienionego przepisu, wobec czego Przystępujący zobowiązany jest do zachowania ich w poufności. Klauzula poufności zawarta w dokumencie pełnomocnictwa ma charakter ogólny, szablonowy, mogący znaleźć zastosowanie w każdym innym postępowaniu. Należy zauważyć, że skoro podmiot udostępniający zasoby uznał, że zastrzegane przez niego informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa i postanowił przekazać dane informacje na rzecz Przystępującego, powinien przede wszystkim wykazać, że również podjął niezbędne środki celem zachowania w poufności informacji, które jego dotyczą i dopiero wówczas można byłoby w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że Przystępujący dopiero w piśmie procesowym próbował uzupełnić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie wskazując, iż naruszenie obowiązku wynikającego z zobowiązań Comarch S.A. wobec podmiotu udostępniającego zasoby może narazić nie tylko Przystępującego na wymierne szkody, a współpraca stron w przyszłości będzie zagrożona, ale również podmiot trzeci, o którym mowa w art. 118 ustawy Pzp chroni informacje o fakcie współpracy z Przystępującym, a także zasoby jakie posiada, w tym doświadczenie i klientów na rzecz, których realizował zamówienie pozyskując doświadczenie. Powyższa próba okazała się jednak bezskuteczna, gdyż po pierwsze stanowi wyłącznie gołosłowne twierdzenia Comarch S.A., które nie zostały w żaden sposób udowodnione, a dodatkowo jest spóźniona, gdyż nie ulega wątpliwości, że zasadność utajnienia informacji musi być potwierdzona już w momencie ich składania, a zatem w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy powinno mieć to miejsce wraz z ofertą. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest przyjęcie, że aby powoływanie się na konieczność utajnienia faktu współpracy pomiędzy podmiotami oraz wszelkich udostępnianych informacji i dokumentów było skuteczne, należałoby podać istotne przyczyny takiego utajnienia. W ocenie Izby – w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – samo powoływanie się na klauzule poufności bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie

pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r. o sygn. akt KIO 807/15).

Izba podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym Izba stwierdziła: „(…) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (…)". Powyższy fragment, choć odnoszący się do innej kategorii dokumentów niż te zastrzegane w niniejszym Postępowaniu, ma jednak na tyle uniwersalny charakter, że znajdzie zastosowanie również w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Zasadnym jest bowiem przyjęcie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek wykluczenia. Wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości złożonej oferty, tym bardziej jeśli informacje te – tak jak w przypadku danych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby – będą znane na etapie realizacji umowy. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wymagane jest, by podmioty udostępniające zasoby wykonały roboty budowlane lub usługi, do realizacji których niezbędne są określone zdolności. Słusznie zatem podniósł Odwołujący, że – mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy – utajnienie przez Przystępującego nazwy podmiotu trzeciego jako rzeczywistego wykonawcy umowy zawartej w trybie zamówień publicznych w praktyce ma na celu obejście przepisów Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, Izba uznała za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty załączone do Formularza ofertowego Comarch S.A. w postaci: Załącznika nr 9 do SWZ – część tajna (w zakresie danych podmiotu udostępniają-cego zasoby) oraz dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby – część tajna.

Odnosząc się z kolei do drugiej kategorii dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. dotyczącego rozwiązania 6 umów oraz pozostałych dokumentów zawartych w folderze CASA art. 109 pkt 7) w zakresie tych umów, które obejmują szczegółowe opisy osobne dla każdego z przypadków odstąpień od umów oraz działania podejmowane w ramach procedury self-cleaning wraz z załącznikami, należy wskazać, że również w przypadku utajnienia tych dokumentów Izba uznała, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawił wystarczającej argumentacji uzasadniającej objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeganych informacji w świetle przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

W części jawnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji faktycznych i prawnych dotyczących rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego Comarch S.A. wskazał: „(…) Wraz z formularzem JEDZ Wykonawca przedstawił dodatkowe, objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, karty, odnoszące się do części dotyczącej oświadczenia Wykonawcy o rozwiązaniu przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego lub zasądzenia odszkodowania oraz przedsięwzięcia środków w celu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Na kartach tych Wykonawca szczegółowo opisał okoliczności faktyczne i prawne, dotyczące rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego. W przedstawionych informacjach Wykonawca precyzyjnie wskazał m.in. na okoliczności faktyczne i prawne związane z realizacją wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, stanowiska stron, treść pism kierowanych przez Strony w toku realizacji umowy i w toku rozstrzygania spornych kwestii związanych z realizacją i rozwiązaniem umów, informacje przekazywane wzajemnie przez strony w ramach toczących się postępowań sądowych i mediacyjnych w związku z faktem rozwiązania ww. umów, oraz przedstawił dowody na wskazywane okoliczności. W pierwszej kolejności należy wskazać, że o ile Wykonawca nie zastrzega jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego faktu rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego i wskazuje ten fakt w JEDZ, wyszczególniając odpowiednie umowy, to szczegółowe informacje faktyczne i prawne związane z rozwiązaniem przed czasem przedmiotowych umów (ujęte na zastrzeżonych kartach wraz z załącznikami) wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk i zasługują na ochronę (…); Należy wskazać, że choć umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne, wszelkie okoliczności dotyczące szczegółów realizacji umowy, stanowisk Stron odnośnie prawidłowości realizacji umowy, czynności podejmowanych w ramach negocjacji i treści twierdzeń stron nie korzystają z ustawowej zasady jawności, a po spełnieniu przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (…)". Natomiast w części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajnionej w niniejszym Postępowaniu) czytamy: „Przedmiotowe informacje mają istotne znaczenie gospodarcze dla Wykonawcy i należą do ściśle chronionych tajemnic przedsiębiorstwa Wykonawcy. Informacje te wskazują bowiem szczegółowo na sposób realizacji postanowień umownych przez Wykonawcę, działania, które finalnie doprowadziły do powstania sporu między stronami umowy, szczegóły i fakty dotyczące realizacji innych umów, opisują korespondencję prowadzoną między stronami w toku ich realizacji oraz po rozwiązaniu, prezentowane przez strony stanowiska - zarówno co do sposobu realizacji poszczególnej umowy, jak również co do skuteczności rozwiązania umowy i skierowanych do drugiej strony roszczeń, przebieg negocjacji między stronami sporu, sposoby i techniki negocjacji stosowane przez Wykonawcę oraz poczynione ewentualnie ustępstwa, jak również sposób dochodzenia i obrony praw przez Wykonawcę na drodze postępowania sądowego/mediacyjnego/polubownego (strategia procesowa). Ww. informacje posiadają charakter organizacyjny i gospodarczy, są rezultatem wieloletniego doświadczenia Wykonawcy na rynku zamówień publicznych, a także wypracowanych metod i zasad działania w sytuacjach spornych, związanych z realizacją umowy, zmierzających do zakończenia sporu. Ponadto są znane wyłącznie wąskiemu gronu

osób, nie zostały upublicznione, a wykonawca pragnie zachować je w poufności. Ponieważ Wykonawca kwestionuje zasadność rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego - przedstawione informacje i dowody mają charakter prawny i mają związek z toczącymi się postępowaniami sądowymi między stronami umowy (lub z postępowaniami, które mogą zostać wszczęte w przyszłości). Wykonawca podkreśla, że informacje związane z prowadzonymi postępowaniami sądowymi stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W treści wyjaśnień przekazywanych Zamawiającemu Wykonawca nadto przekazuje informacje o zastosowanych w przedsiębiorstwie konkretnych środkach organizacyjnych i kadrowych podjętych wskutek powstałego sporu, a mających na celu – ogólnie mówiąc – zapobiegnięcie powstaniu tego typu sytuacji w przyszłości. Informacje te posiadają walor informacji organizacyjnej i gospodarczej, wskazują bowiem bezpośrednio na długoterminową strategię przedsiębiorstwa, metody działania i powzięte konkretne środki, które pozwalają na realizację zamówień w sposób najbardziej efektywny, uwzględniający potencjalne ryzyka, antycypujący ewentualne spory w odpowiednim zakresie, co wpływa na wiarygodność Wykonawcy oraz na jego przewagę konkurencyjną (…)". Ponadto Comarch S.A. podkreślił, że „(…) we wskazanych przez Wykonawcę wcześniejszych umowach w sprawie zamówienia publicznego na Wykonawcę i/lub podmiot użyczający zasoby Wykonawcy został nałożony obowiązek zachowania w tajemnicy informacji poufnych, związanych z realizacją ww. umów (…)" i przytoczył paragrafy umów, które odnosiły się do klauzul poufności.

Mając na uwadze treść przytoczonych fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że nieujawnianie informacji zastrzeżonych jest wyjątkiem od ogólnej zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp i nie można akceptować zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cechy tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2015 r. o sygn. akt KIO 807/15). Wykonawca zastrzegając łącznie wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi zatem ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Zamawiający, ze względu na priorytet zasady jawności, nie może chronić całego pliku dokumentów, jeżeli jedynie kilka informacji tam zawartych może być objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa podlega bowiem konkretna wskazana informacja, nie zaś dokument, w którym taka informacja się znajduje. Tymczasem Przystępujący, poza ogólnikami, przywołaniem orzecznictwa i powołaniem się na klauzule poufności w zawartych umowach w sprawie zamówienia publicznego nie sprecyzował jakie konkretne informacje i gdzie się znajdujące podlegają utajnieniu. Brak skonkretyzowania zakresu utajnianych informacji powoduje więc, że nie wykazano przesłanek objęcia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa bowiem wszystkie przesłanki powinny być wykazane odrębnie dla każdej informacji.

Zdaniem Izby w sytuacji, gdy wykonawca składa obszerny plik różnych dokumentów – jak ma to miejsce w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy (folder CASA art. 109 pkt 7) – to na nim jako profesjonaliście spoczywa obowiązek szczegółowego opisania poszczególnych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji w poszczególnych dokumentach. Tylko wówczas możliwym będzie rzetelne zbadanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Comarch S.A. jednak w sposób niezwykle lakoniczny odnosi się do zastrzeżonego całego pliku dokumentów zawartego w folderze CASA art. 109 pkt 7) nie konkretyzując jednocześnie z jakiego powodu dane informacje znajdujące się w każdym ze złożonych dokumentów – w jego ocenie – zasługują na zachowanie ich w poufności. Przedłożone uzasadnienie – z uwagi na swój szablonowy charakter – równie dobrze mogłoby mieć zastosowanie do każdego postępowania, w którym wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia opisuje stany faktyczne konkretnych postępowań oraz działania podjęte w celu zapobiegnięcia wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dostrzega, że wyjaśnienia składane w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą ujawniać informacji zastrzeganych nie mniej jednak nie wyklucza to możliwości opisu tego rodzaju informacji w warstwie ich istotności oraz wyjątkowości.

Należy zauważyć, że w wyroku z dnia 26 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 320/21 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „(…) Dodać należy, że nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Zaniechanie udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, co do których nie wykazano, aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, nie sprzyja ani transparentności postępowania, ani zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (…)". Izba wskazuje, że w części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajniona w niniejszym Postępowaniu) Przystępujący podniósł, że wskutek ujawnienia zastrzeżonych przez wykonawcę informacji faktycznych i prawnych dotyczących rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca może doznać szkody nie tylko z uwagi na grożącą mu odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, ale też odpowiedzialność określoną w u.z.n.k. Zdaniem Przystępującego klauzule poufności zawarte w umowach przywołanych w uzasadnieniu obligują go do nieujawniania wszelkich informacji związanych z realizacją tych umów. Skład orzekający zauważa, że po dokonanej analizie powołanych klauzul poufności należy w pierwszej kolejności wskazać, iż zostały one przedstawione przez Comarch S.A. wyłącznie fragmentarycznie i zinterpretowane w sposób, który jest korzystny dla Przystępującego. Wykładnia pełnej treści wskazanych paragrafów zasadniczo prowadzi bowiem do wniosku, iż nie można bezsprzecznie stwierdzić, że każdy dokument związany z realizacją umowy zawiera informacje poufne. Tytułem przykładu należy przywołać postanowienia § 17 umowy z poz. 2 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. tj. „1. Informacje poufne Strony uznają informacje, które nie zostały podane do publicznej wiadomości, a zostały przekazane Wykonawcy w związku z realizacją przedmiotu umowy, które Strona Umowy oznaczyła jako poufne lub w inny sposób poinformowała Wykonawcę, że traktuje je jako poufne. 2. Wykonawca i Strona Umowy zobowiązują się do zachowania w poufności informacji określonych w ust. 1. (…) 6. Postanowienia ust. 2-5 nie będą miały zastosowania do informacji, które: a) zostały opublikowane lub stały się jawne bez naruszenia niniejszej umowy, b) zostały ujawnione przez strony trzecie bez naruszenia zasady poufności określonej niniejszą umową, c) zostały ujawnione na podstawie odpowiedniego przepisu prawa, wyroku sądowego lub decyzji administracyjnej (…)". Mając na uwadze standardowe brzmienie paragrafów umów w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zachowania poufności niezasadne jest arbitralne przyjęcie, że – jak stwierdził Przystępujący w części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajniona w niniejszym Postępowaniu) – zobowiązany jest do zachowania w poufności wszelkich informacji związanych z realizacją przez strony umowy. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że z analizy

zastrzeżonych dokumentów znajdujących się w folderze CASA art. 109 pkt 7)wynika, że Comarch S.A. zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in.: pisma uzyskane w odpowiedzi na złożony wniosek o udostępnienie informacji publicznej (Załącznik nr 8 do stanowiska odnośnie umowy z poz. 1 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A.). W ocenie Izby wśród utajnionych załączników niewątpliwie znajdują się także inne dokumenty, które mogłyby zostać pozyskane na podstawie przepisów ustawy z dnia z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902, dalej: „u.d.i.p.") (np. Załącznik nr 17 do stanowiska odnośnie umowy z poz. 2 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A., Załącznik nr 2 do stanowiska odnośnie umowy z poz. 3 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A.). Ponadto należy zauważyć, że Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż skoro dokumenty związane z wykonaniem umowy stanowią rezultat prowadzonego w trybie jawnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to powinny być udostępnione na zasadach i w trybie określonym w u.d.i.p. Zdaniem sądu konsekwencją jawności zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna więc być jawność dokumentów wytworzonych na jej podstawie (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 września 2022 r. o sygn. akt III OSK 1853/21). Mając na uwadze powyższe rozważania koniecznym jest wskazanie, że Przystępujący nie wykazał, iż – zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa – informacje związane z realizacją umów o zamówienie publiczne, w żadnym wypadku nie zostałyby udostępnione przez zamawiających w trybie u.d.i.p. Przede wszystkim nie można kategorycznie wykluczyć, że nie zostałyby udostępnione dokumenty związane ze sposobem realizacji zamówienia publicznego, w tym z zaistniałymi sporami pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, gdyż udzielenie wykonawcy zamówienia publicznego wiąże się z zaangażowaniem środków publicznych, a informacja o gospodarowaniu tymi środkami co do zasady stanowi informację publiczną, dostępną w trybie i na zasadach określonych w u.d.i.p. Jak bowiem podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w wyroku z dnia 7 sierpnia 2019 r. o sygn. akt II SA/Bd 1228/18 „(…) firmy zawierające umowy z podmiotami publicznymi, czy wykonującymi zadania publiczne winny się liczyć z koniecznością udostępniania informacji związanych z tą współpracą i wykonywanymi w jej ramach zadaniami, z uwagi chociażby na konieczność zachowania zasady transparentności gospodarowania środkami publicznymi (…)". Co więcej w zastrzeżonych dokumentach na próżno szukać jakiejkolwiek adnotacji i wyraźnych oświadczeń, że poszczególne dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa któregokolwiek z zamawiających, co jest warunkiem koniecznym do uznania informacji za poufne, zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami umów o zamówienie publiczne. Takich klauzul nie zawierają również pisma, których autorem jest wykonawca.

Biorąc pod uwagę wskazane okoliczności należy przyjąć, że Przystępujący nie wykazał szczegółowo przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, w tym przede wszystkim w zakresie wartości gospodarczej, a jedynie gołosłownie i zbiorczo zapewnił, że utajniane informacje faktyczne i prawne dotyczące rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego taką wartość posiadają. Ponownie należy jednak podkreślić, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a więc samo subiektywne przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia w tym zakresie.

W tym miejscu koniecznym jest również wskazanie, że – jak słusznie podniósł Holo4Med S.A. w odwołaniu oraz podczas rozprawy – Comarch S.A. jest niekonsekwentny w swoich działaniach, gdyż z jednej strony ujawnił w całości szczegółowe dokumenty związane w procedurą samooczyszczenia w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp oraz w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp, a z drugiej strony zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty składające się na część tajną procedury self-cleaning, które znajdują się w folderze CASA art. 109 pkt 7). Ponadto dokumenty związane ze stanowiskiem przedstawionym w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp dotyczą umowy z poz. 6 Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. i można je także znaleźć w folderze CASA art. 109 pkt 7). Wskazane okoliczności jednoznacznie wskazują na brak konsekwencji w działaniach podejmowanych przez Przystępującego w zakresie utajniania dokumentów składanych w ramach procedury samooczyszczenia. Przede wszystkim wymaga zauważenia, że wśród dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujących się w folderach CASA art. 109 pkt 7) oraz CASA art. 109 ust. 5)_JAWNE znajdują się podobne rodzajowo pisma związane z realizacją umów, co dodatkowo podaje w wątpliwość zasadność utajnienia części dokumentów składających się na self-cleaning.

Odnosząc się z kolei do utajnienia przez Przystępującego Załącznika nr 1 do JEDZ Comarch S.A. dotyczącego rozwiązania 6 umów skład orzekający podkreśla, że również w tym przypadku nie było podstaw do odmowy odtajnienia tego dokumentu. Nie zostało bowiem wykazane, że informacje w nim zawarte tj. w zakresie dat zawarcia, przedmiotu oraz stron umów rozwiązanych przed czasem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba miała na uwadze okoliczność, że informacje we wskazanym zakresie znajdują się także w części tajnej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (odtajnionej w niniejszym Postępowaniu). Izba uznała zatem rzeczony dokument za bezskutecznie zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. o sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że „(…) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych (…)".

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....